

《研究ノート》

脳死と臓器移植についての一つの提案

——違法阻却論を中心として——

川 口 浩 一

一 は じ め に

臓器移植、特に心臓移植および肝臓移植の技術の進歩は目覚ましいものがある。特に七十年代の後半に免疫抑制剤 Cyclosporin A (CyA) が用いられるようになってから、⁽¹⁾移植患者の予後は画期的に改善された。⁽²⁾それに対応して日本においても心臓移植を開始すべきであるとの声が高まり、日本医師会・生命倫理懇談会が一九八八年一月一二日に『脳死および臓器移植についての最終報告』を出し、脳死を人の個体死と認め、「臓器移植は、臓器提供者および受容者本人、またはそれらの家族が十分な説明を受け、自由な意思で承認した場合に、日本移植学会の定める指針に従って行うものとする」⁽³⁾としたのを始め、国会でも昨年(一九八八年)暮れ、自民、公明、民社の共同提案で脳死臨調設置法案が提出されており、もしこれが設置されれば、一応二年間で結論を出すことになっている。このように議会レベルでも「臓器移植法」の制定作業が進められようとしている。⁽⁴⁾また最近大阪大学の倫理委員会は、本年(一九八九年)の四月一三日に脳死を個体死と認めたうえで、移植手術実施の前提として、脳死判定と移植手術ができる複数の病院を結ぶ地域ネットワークや臓器提供者、移植対象患者の登録制度の整備を求める中間勧告を出した。⁽⁵⁾

このような状況のなかで脳死と臓器移植をめぐる議論は、非常に複雑化してきている。そのような中で自説を展開するのは困難なことであるが、刑法学者による脳死賛成説も最近増加してきたので、⁽⁶⁾反対説をとる論者の一人としてここにあってそれを展開す

ることにした。結論を先に述べると、刑法における死の概念において脳死説をとることはできないが、脳死状態患者からの臓器摘出は一定の要件を満たせば違法阻却される。その要件とは、脳死患者自身の（事前の）同意である。以下この結論を論証し、最後に臓器移植を可能にする制度論についても若干述べたい。

- (1) R. Y. Calne, D. J. G. White, S. Thiru, D. B. Evans, P. McMaster, D. C. Dunn, G. N. Craddock, B. D. Pentlow & K. Rolles, *Cyclosporin A in patients receiving renal allografts from cadaver donors*, 8104 *Lancet*, 1323 (1978).
- (2) 高木弘・佐竹満「外国における心・肝・脾移植の実情」*Ope nursing* (オペナージング) 三卷二号(一九八八年) 四四頁。
- (3) なおこの報告書の内容の要約と問題点については中山研一・脳死・臓器移植と法(一九八九年) 一〇五頁以下を参照せよ。
- (4) 中山太郎編・脳死と臓器移植(一九八九年) 参照。
- (5) 朝日新聞四月一四日朝刊一頁、三頁参照。
- (6) 例えば町野朔、小暮得雄他編・刑法講義各論―現代型犯罪の体系的位づけ(一九八八年) 一八頁以下。

二 死 の 定 義

人の死の定義は、刑法的にみると殺人罪・過失致死罪等と死体損壊罪を分ける基準となる。したがって法的にもこの定義は不可欠のものであって、その基準が重要な問題となってくるのである。その基準として従来唱えられてきたのがいわゆる三徴候説という考え方である。⁽⁷⁾ところで従来の学説の分類の仕方としては、この三徴候説を心臓死説としそれを脳死説と対応させてきたが不正確であるようにおもえる。そもそも三徴候説は、心臓搏動、肺臓の呼吸運動、瞳孔反射という三機能の不可逆的喪失をもって死としてきたのであって、心臓だけを基準としてきたのではないから心臓死説と呼ぶことは不正確であるし、これから見るように脳死説にも実は基本思想の全く異なった二つの考え方があるからである。まずこの脳死説における二つの考え方を説明しておこう。

(一) 人間の脳死説と生物学的脳死説

最近、町野朔は脳死説を「人間の脳死説」と「生物学的脳死説」に分類した。前者は「人間の本质は意識を持ち思考することにあるのだから、この活動をつかさどる脳が死亡すれば人間でない」とする考え方(大脳死説に対応)であり、後者は「生物体としての人間の全体死に不可逆的に至る器官の死をもって人の死とするものである」(脳幹死説ないし全脳死説に対応)とされる。⁽⁸⁾

この後者の見解は丸山英二のいう「生命の中枢としての脳の機能喪失を死とする見解」⁽⁹⁾の一つであるということができよう。さらに丸山は「全体としての生体の機能喪失を死とする見解」のなかに「この全体としての生体の機能が維持されるためには、相互に依存関係にある主要な臓器系統の機能が調整・統合されていることが不可欠であり、この統合機能を果たすものが脳である」から、「脳の機能が停止すれば統合された身体機能は停止し、それはすなわち全体態としての生体の機能の停止——死である」とする見解があることを指摘している。⁽¹⁰⁾このように生物学的脳死説には二つのタイプがあることに注意しなければならないであろう。これに対して脳死時点で人格の同一性が失われるとする Green & Wikler の見解や⁽¹¹⁾「人々がなぜ人の生命を尊重するのかといえば、それは生きている人が最小限意識や感覚を持つか、その能力を持っているからであろう」とする森村進の見解は⁽¹²⁾基本的には「人間学的脳死説」をとるものといえよう。

(二) 人間学的脳死説への批判

人間学的脳死説の論拠としてあげられるのは脳移植の原理的不可能性の議論である。この議論は次のように展開される。「脳を別な人間の身体に「移植」することは、一見そう見えようとも、実は全身体の脳への移植である、なぜならば脳に座を持つ精神機能こそは、他と取り替えようのない人格そのものだから。精神の本質的個性が、脳機能の独自性なのであり、これこそが他と取り替えることはもちろん、人工的な代行や製作をも原理的に拒むものだといえる。こうした本質的個性を有する脳機能の停止こそが人の死なのである」⁽¹³⁾」

しかしこれに対しては機能主義的な理解において精神とされるのは、あくまで物質的過程に基づく外的に観察可能な活動にすぎないから、「そこからわれわれが読み取りうることは、せいぜいのところ、基本的には同一的な物質的過程の天文学的複雑さであって、この複雑さは移植や人工的代行の可能性を原理的に排除するものではない」とする伊藤徹の批判がある。⁽¹⁴⁾このような原理的問題の指摘は非常に重要である。これに対して現在における代行不可能性を論拠に反論することは原理的問題と技術的可能性の問題を混同するものであるといえよう。

これに対して（脳死説の中の）通説の見解は、このような原理的問題からではなく別の根拠から「生物学的脳死説」をとる。これは一旦意識等の基準を採用すると最初は植物状態患者や無脳児に、さらには重度の精神病患者にまで死の概念が適用されることになってしまいうのではないかという「危険なすべり坂」論に基づくものであると考えられる。⁽¹⁵⁾

(三) 生物学的脳死説への批判

しかし仮にこのような「生物学的」思考法の正当性を肯定したとしても、それが必然的に脳死肯定説に結び付くかどうかには疑問がある。同じく生物学的思考法をとる Becker は脳死は死の定義でも基準でもない⁽¹⁶⁾と明言している。これをうけて丸山英二は死の定義として「酸素を同化し、食物を代謝し、老廃物を除去し、生体を比較的恒常性の保たれた状態に維持する相互依存過程のシステムが、回復不能な態様で停止されるとき」が死であるとし、前述の「全体としての生体の機能喪失を死とする見解」としての脳死説については①生命維持装置を装着した状態の下では「首から下の主要な臓器はかなり正常に近い状態でその機能を維持している」し、②脳死規準における死の判定から他の主要臓器の機能喪失までの期間が次第に長くなってきており、そのような状態が上述の死の状態に至っているとはいえず、③それは脳幹の機能のうちかなりのものが代替されているからであり、脳幹も他の臓器と同様にその機能の人工物による代替が認められてよいのではないかと批判が妥当するとする⁽¹⁸⁾。さらに「生命の中核としての脳の機能喪失を死とする見解」に対しても①「少なくともわが国においては、従前から人の生死は生命機能の最高中核たる脳機能に照らして認識されてきた、とはいえないのではないか」という疑問、さらにより重大な疑問として②なぜ脳幹機能の代替を認めないのかという疑問を提起している⁽¹⁹⁾。

これについて脳死説の側からの反論も存在している。斉藤誠二は(1)「この批判の前提としている大脳と脳幹をわけることができるようになるという仮説そのものがたしななりたつのかという疑問がある。また、かりにそうなったとしても、①大脳と脳幹にかかわる人工的な装置などが接続できるのであるのかという疑問があるし、②(それもできるとしても)それは現在と世紀がちがう時代であり、そこでも現在と同じ法秩序なり社会秩序(さらに人間観とか死生観)なりが妥当するののかという疑問もある」、(2)「この批判も、脳、とくに、脳幹が人の生命の中核となる機能を営んでいることをみとめている。そうだとすると、その生命の中核になる機能を営む器官をはかの人の器官で置き換えたり人工的な装置で置き換えることは、たしかに身体の外観はかわっていないにしても、いってみればあたらしい生命をつくりだすことであり、こういうことは(いまの法秩序のもとでは)みとめられないのではないか、という疑問がある」、(3)「この批判は、人の個体は大脳にだけ関係するという考えを前提としている。しかし、はたして本当にそういってしまってもよいものか、という疑問もある。いうまでもなくここで人の「個性」というのは、……人に固有の抽象的な思考能力とか言語能力とか情動などをいうものであろうが、現代の医学では、たとえば、人の情動的な活動というのは、小脳や脳幹にも関係するともいわれているからである」という反論を行っている⁽²⁰⁾。

しかしこの反論が説得的であるとは思えない。なぜならば丸山の見解は脳幹の持つ統合機能が代替されているのではないかとい

う疑問を提起しているのであって、大脳と脳幹の事実的分離可能性が論理的な前提となっているのではないし、そのような統合機能が代替された場合にはなぜ新しい生命をつくりだすことになってしまうのかということに関する論証が斉藤の見解には全くなく、さらに丸山のいう代替されている脳幹の機能とは、そのような統合機能に関するものであって情動等に関する機能は関係ないと思われるからである。

したがって少なくとも「生物学的脳死説」を主張する論者は、この丸山の疑問提起に対して積極的な反論を展開すべきであらう。以上十分に述べることはできなかったが、少なくとも「人間学的脳死説」をとらず、「生物学的脳死説」をとるのであればなぜ脳幹機能の代替を認めないのかという丸山の問題提起に対して反論が必要であるが、それが可能であるとは思えない。なぜならばそれを統合機能をあくまで生物学的なものと捉えるならば、脳幹といえども、他の人工臓器などで代替可能であるとされる臓器（心臓等）との差異を合理的に説明することはできないし、生物学的前提を放棄し精神活動に重点を移すならば必然的に大脳死説に至ってしまうからである。私にはこの代替性の論点はむしろ論理的に見て「決定的な」論点であるように思える。また大脳死説を法的な死の定義として採用することは、その機能喪失基準設定において新たな困難を惹起せしめ、その基準によっては「危険なすべり坂」をすべり落ちる危険があり、また罪刑法定主義観点からみても、従来の用語法からの著しい逸脱であり、許されない類推解釈の疑いがあるように思える。さらに次節で述べるように脳死患者からの臓器摘出の問題は違法阻却論で、生命維持装置の取り外しの問題も尊厳死論によって解決可能であるからである。したがって私は死の定義については丸山説に従い、その判定基準として三徴候説を維持することが論理的に見て妥当であり、かつ政策的にも賢明であると考える。

- (7) 内藤謙・刑法講義総論中(一九八六年) 五四九頁。
- (8) 町野・前掲書(注6)二〇頁。
- (9) 丸山英二「脳死説に対する若干の疑問」ジュリスト八四四号(一九八五年) 五一頁以下、五五頁。
- (10) 丸山・前掲(注9)五二頁。
- (11) M. B. Green & D. Wikler "Brain Death and Personal Identity" 9 *Philosophy and Public Affairs* 105 (1980) [邦訳、田谷裕二、加藤尚武・飯田亘之編「バイオエシックスの基礎」(一九八八年)二二六頁以下]。なおこの説に関する最近の批判として C. J. Agich & R. P. Jones, "Personal Identity and Brain Death: A Critical Response" 15 *Philosophy and Public Affairs* 267 (1986)。
- (12) 森村進「法哲学の立場から」長尾龍一・米本昌平編・メタ・バイオエシックス(一九八七年)二二七頁以下、二三八頁以下。但し森村は脳

死患者と植物状態患者を区別している。そして次のように述べている。「簡単な命令には応じることのある植物状態患者と違い、脳の機能をまったく喪失した脳死状態の身体が機能が続いているからといって、その身体を動かしかし続けることに何の意味があるのか。」(同二三九頁)。

(13) 伊藤徹「脳死と臓器移植」塚崎智・加茂直樹編・生命倫理の現在(一九八九年)二二二頁以下、二二七頁以下。

(14) 伊藤・前掲(注13)二二八頁以下。なお伊藤はそのような「生物学的・機能主義的タナトロジー」への批判に基づいて、「見えざる死の徴」である「葬送としての脳死と臓器移植」という提言を行っているが、その論旨は私には難解である。今後の検討課題としたい。

(15) この危険なすべり坂論(すべり坂)は David Lamb, Death, Brain Death and Ethics, 1985, p. 109 ff. 等を参照せよ。

(16) L. C. Becker, "Human Being: The Boundaries of the Concept" Philosophy and Public Affairs 334, 355, 359 (1975).

(17) 丸山・前掲(注9)五三頁。

(18) 丸山・前掲(注9)五三頁。

(19) 丸山・前掲(注9)五五頁以下。

(20) 斎藤誠二「刑法における生命の保護」(新訂版)(一九八九年)七四頁以下。

(21) この点に関連して増田豊「主観的・歴史的解釈論の語用論的ヴァージョン」法律論叢五八巻六号(一九八六年)三三頁以下の興味深い指摘を参照。

三 違法阻却の可能性

(一) 違法阻却論への期待と疑問

脳死体からの臓器摘出は刑法的観点からみて、前述のような死の定義をとったとすれば積極的な(作為による)殺害行為となり殺人罪の構成要件に該当する。適用条文はドナーの同意がない場合には一九九条の普通殺人罪、同意のある場合には二〇二条の同意殺人罪である。しかしそれでストレートに殺人ないし同意殺人罪が成立するわけではなく、違法阻却事由(および責任阻却事由)が存在しないといふことの検討が不可欠である。このことは刑法学者にとっては自明のことだが医師には必ずしも十分に理解されていないように思える。しかし違法阻却が認められれば脳死≡個体死説をとらなくても脳死状態患者からの臓器摘出は現行法の下でも可能になるのである。以下ではこの可能性を検討することにする。⁽²²⁾

このような可能性を最初に示唆したのは兇孝一の「アルファ期」説であるといえるだろう。この説は脳死から心臓死の間を中間期間とした上でその間における肉体の処分をより厳格な要件の下で、即ち臓器の提供については、単なる承諾では足りず、本人の積極的な申し込みを要し、かつ近親者の承諾を必要とした上で、認めるというものであった。この見解については理論的

に不明瞭な点も少なくなく、その後また自らこの説を凍結した点などを含めて問題点が多いものである。しかし中山研一が指摘しているように、伝統的な三徴候説をなお前提としながら、一定の例外的な場合に自己決定権を認めることによって、結果的に脳死状態の患者からの臓器移植をも可能にする道を開こうとした最初の試みであるといえることができるであろう。⁽²⁴⁾

丸山英二も『死』というような基本的概念を個人の意思に係らせることには賛成できない⁽²⁵⁾」が「末期患者の維持治療中止には患者ないし家族という個人の意思に大きな発言権が与えられているのであるから、この維持治療の義務の消滅を媒介とすることに、個人意思による脳死説の選択と同じような個人の意思を尊重する結果を得ることができるのである」と述べる。⁽²⁵⁾

米本昌平も最近「私は、脳死は人間の死であるという命題をわが国では立てるべきではないと思う」としながら、違法阻却論を生かすことにより臓器移植を可能にすることができるとし、その利点について次のように述べる。「そもそも、脳死は人間の死であるという命題を回避できるため、死の定義の変更という文化人類学的な次元での攪乱を招くことがない。この回路をたどることにすれば、脳死状態にある人間を死体とみなす事態はなくなるため、とくに障害者の立場などから強い懸念がでている、脳死概念を社会的に承認すれば、やがて重度の植物状態を“人格死”と呼びかねない事態が生じるのでは、という恐れは、格段に小さくなる。また、いわゆるネオモートの出現というグロテスクな難問、つまり脳死状態が遺体と認定されることによって、これを血液や医薬品製造の場として利用する可能性や、生体実験・生体解剖の対象とすることの可否、などという難問に、一切出会わなくても済むことになる。」⁽²⁶⁾

このような見解に対して医師の間ではそのような構成は不可能で脳死を認めなければ臓器移植等は不可能であるという見解が強い。

勝又義直は米本の見解に対して次のように述べる。「実は、従来医療行為として違法性が阻却されてきた傷害行為はあくまで生命に関わりのない行為にとどまっており、生命維持が困難となるような行為の違法性を阻却してもよいとしているのでは決してなく、またそうであってはならない。……脳死患者を死んでいないとするならば、生存に必須な心臓や肝臓を摘出する行為の違法性は阻却できると思えない。」⁽²⁷⁾

(二) 刑法学者の違法阻却論

しかしこのように全く不可能だと断定することは少なくとも最近の刑法学界における有力な見解に反するものである。この違法阻却の可能性を臓器移植に関して明言するものもあるし、そもそも緊急避難に関する通説の見解によると一定の場合には論理的に

見て正当化されることになる場合が認められるはずなのである。そこで次にこれらの見解を概観しておく。(28)

① 金沢説

金沢文雄は心臓移植について次のように述べる。「心臓移植の場合には適法化の可能性も考えられないではない。ここでは被害者の承諾が単独で違法阻却事由となりえないことはいうまでもないが、それが他の要件と結びついた場合、すなわち、死が確実に人間の生命としての価値がほとんど失われ、ただ死の正確な時点だけが問題となっている瀕死者であること、心臓移植が他の患者を救う唯一の方法であることなどが本人の承諾と組み合わせられた場合には正しい目的のための適当な手段として超法規的に違法性が阻却される可能性も考えられる。……その場合、心臓剔出が許される時点は、脳死が生じてから心臓死間ということになる。……私は現行法の下ではこれは生と解すべきで、ただこの期間内で心臓剔出の適法化の可能性が認められると解したいと思う。また心臓の剔出は、心臓移植が治療行為として医学的に認められる場合にのみ適法化されるから、剔出行為と移植行為は法的評価において切り離しえないことを注意しなければならない。(29)

② 大谷説

大谷実もまず脳死患者から二つの腎臓を換出する行為について次の様に述べる。「脳死状態が仮に『生きているもの』として取り扱われているにしても、最早、生命の回復力を失っている状態であること、腎臓移植は治療法として十分確立しており、また、死体腎移植よりも脳死体腎移植のほうがはるかに好成績をもたらすこと、さらに角膜腎臓移植法に定めている遺族の同意等の要件を充足していることなどを総合して判断し、脳死体からの腎臓摘出は、法秩序全体の見地から許容されて然るべきであろう。したがって、臨床例として公表されているような脳死体からの腎臓移植は、一般論としていえば、社会的相当性を有するものとして、刑法三五条の正当行為にあたと解される。」また心臓移植も「治療法が十分に確立したといわれ、この点にかんがみると、心臓移植も腎臓移植の場合と大きく取り扱いを異にすべき根拠はないから、既述のような観点で違法性を阻却すべき場合がある」と述べる。(30)

③ 内藤説

内藤謙は、生命維持装置の取り外しの問題について「脳死状態にいたった場合には、心臓と肺臓の機能を生命維持装置によって代替させても、その機能を回復することは全く不可能であり、まさしく確実に切迫した死を回避する可能性が全くない。そのことにより、患者の事前の意思から判断して生命維持治療継続の希望が明かでない限り、生命維持治療を積極的に継続する医師の刑法

上の治療義務（不真正不作為犯における作為義務）がなくなるから、右の場合の生命維持治療中止は、違法性が阻却されると解しうる⁽³¹⁾とした上で、脳死患者からの移植用臓器摘出の問題について「脳死患者からの移植が受容者の生命救助のため唯一の方法である場合には、臓器摘出についての脳死患者本人の明示の同意および家族の明示の同意があることを要件として、受容者の生命の要保護性が、死が確実に切迫し、かつ摘出に同意した脳死患者の生命の要保護性よりも大きいと解することにより、臓器摘出の違法阻却を認めることができる⁽³²⁾」とする。

④ 斉藤（信）説

斉藤信治も、脳死者本人が移植のための心臓の摘出に同意しており、それによって他の生命を救うことができ、他によりよい方法がない場合には、被害者の承諾を伴う緊急避難として完全に適法になるとする。但し内藤と異なり、本人の推定的同意も現実の承諾に準じてよいとする⁽³³⁾。

⑤ 緊急避難違法阻却一元説

さらに緊急避難に関するわが国の通説は、法益同価値の場合にも違法阻却を認める⁽³⁴⁾。この見解を心臓移植に単純に適用すると、レシビエントが心臓移植以外の方法ではもはや生命を維持できず、しかもすぐに手術しなければ危険な場合であれば、たとえドナーの同意無しにそれを行った場合であつたとしても、緊急避難として違法性が阻却されることになる。

(三) 違法阻却論の検討

ここでこれらの見解を検討し、問題点を指摘した上で私見を展開しようと思う。まず最初に指摘できることは金沢説、内藤説および斉藤説の類似性である。これらの見解は被害者の同意だけでは違法阻却が不可能であることを出発点にしつつも、それと他の要素を加えることによって違法阻却が可能とするものである。これらの説はそれ一つだけでは正当化することができないいくつかの事由を加算的に結合させることによって違法阻却が可能とするところから加算的結合説と名付けることができるであろう。

まず金沢説については、このような理論的可能性を最初に示したものとして注目されるが、あげられている要素の相互関係が明示されていない点および加算される要素のなかに人間の生命の価値の喪失ということが含まれている点などに若干疑問を感じる。また理論的には目的説的な構成が次の内藤説との差異にならう⁽³⁵⁾。

その内藤説であるが、この説は違法阻却の根拠を法益衡量に求めているように思えるが、その具体的根拠については必ずしも明かではない。結論的には受容者の生命の要保護性が、死が確実に切迫し、かつ摘出に同意した脳死患者の生命の要保護性よりも大

きいと解されるという点に違法阻却の根拠を見いだしているのであるが、その要件として、(1)脳死患者からの移植が受容者の生命救助のため唯一の方法であること、(2)臓器摘出についての脳死患者本人の明示の同意および(3)家族の同意があげられている、このうち(1)は通常緊急避難の要件であり、(2)(3)は同意に関するものである。そしてこれらの要件がすべて必要とされている点で非常に厳格であるが、なぜそれらがすべて必要であるのかという点の理論的根拠は明示されていない。またそれらの要件がすべて必要となるのかという問題も検討が必要であるように思える。とくに家族の同意については、内藤説の前提として脳死状態といえども「死体」ではなく生体なのだから、なぜ本人と並列的だとはいえ他人である家族にも処分権を認めるのかが問題になろう。おそらく内藤は緊急避難、同意のそれそれだけでは正当化が不可能なので家族の同意もふくめた三つの要素が加算されて初めて違法阻却を認めるという考え方をとるのであろう。しかしそのような加算的方法が妥当性をもつかは疑問がある。

次に斉藤説であるが、この説の理論的構成はさらに不明確であるように思える。そもそも「被害者の承諾を伴う緊急避難」というものの性格が問題になるし、⁽³⁷⁾また推定の同意でよいとする見解は、推定の同意において考慮されなければならないとされている「疑わしきは生命の有利に」の原則に反すると思われる。⁽³⁸⁾

次に大谷説と緊急避難違法阻却説は一つのグループとして取り扱うことができるであろう。その特色でありかつ最も問題であると思われるのは本人の同意がもはや必要条件とされていない点である。

まず大谷説は、脳死状態が現行法上「死」ではないことを認めながら、本人の同意を明示的な要件にあげずに、(即ち本人の同意のない場合には一九九条の殺人罪についても)違法阻却を認めるが、その根拠とされている「法秩序全体の見地」や「社会的相当性」などの概念自体が不明確なものであり、理論的説明としての妥当性を欠くといわざるをえないであろう。⁽³⁹⁾

最後に通説であるが、緊急避難の違法阻却一元説をとりつつも上述のドナーの同意がなくても違法性が阻却されることを明言するものは見あたらない。このことは結論的には正当だと思われるが問題はその理論的根拠である。理論的にはドナーの同意がなくとも違法性が阻却されるという結論が不可避であり、この不当な結論はむしろ通説の基礎にある違法阻却一元説の基本テーゼである生命と生命が衝突する場合においても違法阻却を認める考え方に由来するものであると考える。私見では、西ドイツにおいて主張されているように生命はその数や存続期間によって衡量されてはならないという点に二分説の正当な論拠が見いだされるべきである。したがって違法阻却の根拠は緊急避難ではなく、むしろ被害者の同意に求められるべきである。さらにこれは他の要素と結合されて初めて違法阻却の効果をもたらすのではなくて、単独で違法阻却可能であるのである。以下このことを論証していきたい。

(四) 同意による違法阻却とパターナリズムに基づく制限

被害者の同意の原則としては「利益不存在の原理」ないし「保護法益不存在の原理」が採用されるべきであると考える。これは被害者の自己決定権を最大限尊重しようとする思想に基づくものである。⁽⁴¹⁾この原理貫徹すれば「法益の主体である被害者の同意によって処分可能な法益を処分したときは、保護法益が存在しないことになり、つねに違法性を阻却することになりうる」⁽⁴²⁾。すると上述の二〇二条をどう説明するかという問題が生じる。そこで自己決定権を重視する学説がこの問題をどのように解決しようとしているのかを次に見てみよう。

町野朔は刑法二〇二条に関して次のように述べる。「生命は個人的法益ではあるが、それを本人の意に反しても保護するという法的後見的な考え方に由来するのである。したがって、この後見的配慮が無用と思われるときは、安楽死の場合のように、被害者の意思により行為の違法性が阻却されることもありうるということになる」⁽⁴⁴⁾。

内藤も、この規定は刑法に一種のパターナリズムを肯定するものとして説明されるとし、安楽死・尊厳死の場合について例外を認めるのはそのパターナリズムの必要性がなくなるからであるとする。⁽⁴⁵⁾但し内藤は、脳死状態からの臓器摘出については違法阻却を認めるが、安楽死の場合には違法阻却を認めない。⁽⁴⁶⁾

福田雅章も二〇二条と安楽死について次のように述べる。「個人の尊厳の保障を究極目的とする国家は、将来における本人自身の自律的生存の可能性を保護するために、個人が万が一にも誤った判断にもとづいて自らに不利益を課すこと（あらゆる人権の根本的価値である生命の放棄）に無関心であるわけにはいかない。二〇二条は、まさに本人自身の利益のために国家によって加えられるパターナリスティックな干渉であり、自己決定権の一般的不完全性を推定したものである……そうであれば、将来における自律的生存の不可能性と死の意思の真実性が合理的に担保されるような場合には、国家は逆に本人自身の利益のためにそのパターナリスティックな干渉を排除しなければならず、本人は自らの選ぶところに従っていかに生き続けるか（その反射としての死）を決定する自由が保障されるに至る。他人の正当な自由の行使を促進する行為もまた正当である。ここに二〇二条の違法性が阻却される根拠がある」⁽⁴⁷⁾。

(四) 私見——同意に基づく違法阻却

このように基本的に二〇二条をパターナリズムから説明するが、それは絶対的なものではなく、特に安楽死との関連においてその例外を肯定するという見解が有力な論者に主張されていることが明らかになった。この考え方を脳死状態からの臓器摘出にも応

用しようとするのが私見の基本思想である。第一の問題は、安楽死の場合とは異なるのではないかという点である。⁽⁴⁸⁾ まず安楽死の場合には(1)死期が切迫していることが医学の立場からみて確実で、(2)耐えがたい肉体的苦痛があり、(3)その苦痛を除去・緩和するために、(4)患者の同意に基づいてとられる措置であるということが前提となっている。⁽⁴⁹⁾ 脳死状態患者からの臓器摘出の場合は(2)(3)の点について安楽死とは異なるといわざるをえない。しかしそこから直ちに違法阻却が否定されるわけではないと考える。そもそも自己決定権を理由に違法阻却を認めるのであれば、目的が苦痛緩和であるかどうかは本来重要ではないはずであり、また目的を重視する考え方に仮に立つとしても臓器を他人に提供するという利他的な動機はむしろ賞賛されるべきものであるからである。そもそも自己決定権を重視する立場からは、パターナリズムの介入の正当性は問題のあるものであり、⁽⁵⁰⁾ それを仮に肯定するとしても死期が切迫したり、脳死状態に陥っているような特殊な状況においては国家が個人に生き続けることを強制することができないというのはむしろ自明のことのように思える。本人がそれを望んでいないのもかわらず、⁽⁵¹⁾ 脳死状態の継続を国家が刑罰という強力な手段をもって強制することが後見的見地からの保護といえるのであろうか。確かに生きられる以上どのような状態になったとしても生き続けなければならないという見解をとることは可能である。しかしこのような見解が普遍性を持つとは言えない以上、その決定についてもはや国家が後見的見地から強制することはできず、むしろ個人の自己決定に委ねるのが正当な考え方であると思う。したがって同意の有効性が担保されるような状況においては、被害者の同意に基づいて臓器摘出の違法阻却が肯定できると思われる。またこのように同意を中心として考えることによって初めて中山によって懸念されていた生命の相対化につながるのではないかという問題にも、⁽⁵²⁾ 自己決定に基づかない単なる衡量を認めないという観点から答えることができる。と考える。

(22) 中山前掲書(注4)一〇一頁も死の判定に際して患者の意思を考慮する方式を採用する場合に①脳死を前提とする心臓死への自己決定権方式

と②心臓死を前提とする脳死への自己決定権方式があり、後者の方が「脳死への決断を留保する点で、一般的にインパクトは少なく、また、患者の意思の考慮も例外的な場合における積極的な「自己」決定権の行使として、厳密に検討されるという点においても、慎重でモデストな適用を期待しうるメリットをもつ」としている。

(23) 呷孝一「心臓移植への法的提言」脳死を学ぶ(一九八九年)三三頁以下所収(原論文公表は一九六八年)。

(24) 中山前掲書(注4)五七頁以下。

(25) 丸山・前掲(注9)五七頁。

(26) 米本昌平「脳死議論の混迷をどう脱け出るか」中央公論一九八八年一〇月号二二八頁以下、二三四頁。

- (27) 勝又義直「死の定義と判定はどうあるべきか」日本医事新報三三七八号（一九八九年）九五頁。
 - (28) 他に違法阻却説を概観したものとて齊藤信治「移植用心臓（等）摘出と違法阻却」刑法雑誌二九卷一号二二頁以下、齊藤誠二・前掲書（注20）五二三頁。
 - (29) 金沢文雄「死の判定をめぐる」判例タイムズ二三三号（一九六九年）六頁。
 - (30) 大谷実「刑法における脳死問題」法律のひろば三八巻八号（一九八五年）三五頁以下。
 - (31) 内藤・前掲（注七）五五四頁。
 - (32) 内藤・前掲（注七）五五五頁。
 - (33) 齊藤信治「心臓移植はまだ許されないか」法学新報九三卷三・四・五号（一九八六年）一頁以下。
 - (34) 学説の状況については内藤・前掲（注七）四〇五頁以下。
 - (35) なお齊藤信治・前掲（注28）二六頁の批判も参照。
 - (36) なお齊藤信治・前掲（注28）二四頁以下の批判も参照。
 - (37) なお中山前掲書（注4）三一〇頁以下の批判も参照。
 - (38) Vgl. C. Roxin, Über die mutmaßliche Einwilligung, Festschrift für H. Welzel, S. 447 ff.
 - (39) なお齊藤信治・前掲（注28）一一四頁の批判も参照。
 - (40) C. Roxin, Die nofstandsähnliche Lage—ein Strafrechtsanschließungsgrund?, Festschrift für Oehler, 1986, S. 181 ff
- [邦訳・川口・犯罪と刑罰四号一二三頁以下、特に一四一頁]
- (41) 内藤・前掲（注七）五七七頁
 - (42) 内藤・前掲（注七）五七八頁
 - (43) 立法論として同意殺規定の問題性を指摘するものとして M. Marx, Zur Definition des Begriffs >Rechtsgut<, 1972, S. 65 f.
 - (44) 町野朔・判例刑法研究2 違法性（一九八一一年）一六八頁。
 - (45) 内藤・前掲（注七）五八八頁以下。
 - (46) 内藤・前掲（注七）五三九頁以下。
 - (47) 福田雅章・助立明・中井美雄編「医療過誤法入門」（一九七九年）二五二頁以下。
 - (48) 中山前掲書（注4）九一頁などを参照。
 - (49) 内藤・前掲（注七）五三三頁。
 - (50) バターナリズムの基礎づけに関しては例えば森村進・権利と人格（一九八九年）一〇八頁以下および J. Feinberg Harm to self, 1986, の見解を参照。
 - (51) なお丸山・前掲（注9）五七頁は「脳死状態に陥った患者は回復不可能であり、その死は不可避であることは疑問の余地がない」としている。
 - (52) 中山前掲書（注4）九九頁、一〇二頁。

四 同意の有効性

以上の結論を要約すると、死の定義として脳死説は採用できないが、脳死体からの臓器摘出は、本人の同意があれば違法性が阻却され、適法行為であるということになる。この際、重要となるのはこの理論構成においては本人の同意のみが決定的基準となることである。この同意は明示的でなければならず、推定的同意では足りない。家族の同意については後述するが、原則として要件ではない。

以上のような同意の前提として、同意の有効性が問題となる。被害者の同意の有効要件一般としては、同意事項の内容と意味を理解しうる者の任意でかつ真意によるものでなければならぬ。さらに、同意はこれをなした被害者が具体的に予定した範囲に限って有効である。⁽⁵³⁾従ってまず有効性の当然の前提としてドナーが、問題となる脳死状態、摘出された臓器、摘出の際の侵襲の範囲および臓器移植について十分な理解をもっていることが必要である。したがって移植医の側から情報の提供がなされることが不可欠であろう。インフォームド・コンセントの思想が貫徹されなければならないのである。

ところでこのように本人の同意を中心にする考え方に対しては、実際には本人に同意をとるなど不可能であり、臓器移植が不可能になってしまうという批判が考えられる。しかし、例えばドナーカードの普及等の移植を行う側の努力によってこの点を補うことが可能であるといえよう。なおドナーカードの所持のみで同意の有効性が担保されるわけではなく、それは同意の存在を証明する一資料に過ぎないことに注意しなければならない。同意の前提として十分な情報の提供がなされたか、さらに署名後にその意思の変更がなかったかなどの点がさらに確認されるべきである。しかしそのような確認がなされれば事前の同意であっても有効であるといえるであろう。

実際上、ドナー数を確保するためにはどのような制度が考えられるであろうか。まずドナーカードの普及であるが、日本では現実に臓器の供給源となるのは交通事故者になることが予測されるので、まず運転免許取得者に対してキャンペーンを行うことが必要となるだろう。その際には脳死状態になったときの臓器摘出についての自己決定が行えるように、脳死についての基礎知識や、臓器移植の現状についての誰にでも理解できるような形での説明がなされることが不可欠になると考える。その情報提供をうけたことに加えて、さらに有効性を担保するためには、自己決定を基本としながらもその際家族と話し合った上でそれをなしたことを確認するような制度も考えられると思う。しかしそれ以上に家族の意思を重視することは、自己決定という点からはかえって問題

となるように思える。特に本人の意思と家族の意思の間に齟齬が生じた場合には本人の意思を優先すべきである。さらに阪大倫理委員会の中間勧告でも問題とされていたように移植のためのネットワークづくりのための努力がなされなければならないであろう。

(53) 内藤・前掲(注7)五九〇頁以下。

(54) この点に関しては手塚治虫「生命科学と倫理問題について一般大衆や子弟にどう理解させるか」厚生省健康政策局医事課編・生命と倫理について考える(一九八五年)二四三頁以下が参考になる。

(55) なおこのように本人の同意を中心と考えた場合、同意能力のない幼児からの臓器摘出は不可能となる。アメリカでは特に肝臓移植については幼児がドナーとなる場合が多いようだが(高木・佐竹・前掲(注2)四五頁によれば、二四〇件中七〇件が〇〜五歳の幼児をドナーとするものであった、わが国ではそもそも六歳未満の幼児については脳死判定の際の除外例とされていることに注意すべきである(厚生省厚生科学研究費特別研究事業脳死に関する研究班昭和六〇年度研究報告書、脳死の判定指針および判定基準一三頁、三三頁、日本学術協力財団編・脳死をめぐる諸問題(一九八六年)所収。

五 要 約

意識を中心とする「人間学的脳死論」を批判する「生物学的脳死論」には脳幹機能の代替をなぜ認めないのかという疑問があり採用できないがゆえに、刑法における死の時点も「酸素を同化し、食物を代謝し、老廃物を除去し、生体を比較的恒常性の保たれた状態に維持する相互依存過程のシステムが、回復不能な態様で停止されるとき」と考えるべきである。脳死状態患者はこの定義によれば死に至っていない。しかし脳死状態患者からの臓器摘出は、患者本人の同意があれば違法阻却される。回復不可能かつ死が不可避な状態になった者に対してはパータナリズムに基づく後見的保護の正当性が欠けるからである。以上の理論的基礎に基づいて同意の有効性を保障しようような制度の確立が必要となる。

以上のような前提の上で脳死と臓器移植の問題を解決し、制度を確立することを本稿は提案する。臓器移植法などの立法提案については続稿で行う。